Anzeichen des entstandenen Brandes) ohne Verschulden nicht geschehen könne. Sie nimmt an, daß dennoch der Brand ohne Schuld des Hausvaters geschehen könne, und fügt hinzu, daß dieser, wenn der Brand durch Nachlässigkeit der Dienerschaft (mögen es Sklaven oder Freye seyn) entstanden wäre, nicht immer in Schuld sey. Deshalb befreyt sie den Verkäufer in Ansehung des Brandes von aller Verantwortlichkeit, wenn er in Verwahrung des Gebäudes die Sorgfalt angewandt habe, die sorgfältige und vernünftige Hausväter anwenden müssen, oder, was dasselbe ist, wenn er die Entstehung der Feuersbrunst durch eine Schuld der Dienerschaft bezeugt, die ihm als sorgfältigen und klugen Hausvater nicht aufzumessen ist. Keineswegs aber spricht die Entscheidung den Verkäufer von dem Beweise seiner Schuldlosigkeit frey, noch weicht sie von den gemeinen Grundsätzen über die Last des Beweises ab, welche fordern, daß der Beklagte die gegründete Gesinnung des Klägers durch den Beweis seiner Einrede entkräften müsse.

Eben so, nachdem der Kläger den Beweis seiner Gesinnung vollendet hat, muß der Beklagte, wie jede andere Einrede, auch die Einrede des Alters, des persönlichen Zustandes, wodurch er die Klage entkräften will, beweisen, sey es, daß er den Beweis aus den Urkunden, deren der Kläger sich bediente, herleiten kann, oder anderswoher sich verschaffen muß. L. 4. cod. de in integr. restit. min. L. 27. dig. de condit. institut. L. 5. cod. de codicillis.

VII.

Kurze Aufsätze.

Von Herrn Prof. Zimmern.

---

1. Ueber exheredatio bona mente.

Viele [1]) glauben [2]), es sey die exheredatio bona mente dadurch unpractisch geworden, daß Nov. 115 die Institution der De- und Ascendenten aus keinem anderen Grunde zu

---

1) So neuerlich Unterholzner in diesem Archiv B. 2. S. 35.

2) Ueber die Litteratur der Controverse s. Thibaut Pand. §. 814. Note o). Glück Com. B. 7. S. 257. fgg.

unterlassen erlaubt „nisi forsan probabuntur ingrati“ [3]); während sich übrigens die gemeine Meinung mit Hülfe der logischen Interpretation [4]) für das Gegentheil ausspricht. Wie aber, wenn dieses Hülfsmittel, d. h. hier die Voraussetzung, daß Justinian nicht an Ausschließungsgründe solcher Art gedacht habe, und daß also jene Worte mehr sagen, als er sagen wollte, wenn dieser nur aus den dringendsten Gründen zulässige Ausweg dadurch unnöthig würde, daß man den Buchstaben mit dem Geist der Novelle, Justinian's Absicht mit den Ansprüchen der Billigkeit, und mit aller Vernunft in vollkommenen Einklang bringt? — Nach altem Recht bedurfte bekanntlich nicht die exheredatio, sondern nur die Entziehung des auch titulo singulari zuzuwendenden Pflichttheils einer Rechtfertigung. Der römische Ausdruck: exheredatio bona mente ist also insofern nicht ganz treffend, als ja auch, um mich so auszudrücken, eben so gut eine praeteritio bona mente (oder notae causa) zuläßig war; wenn man nämlich denjenigen Descendenten, die nicht zu den suis oder emancipatis gehörten, oder den Ascendenten den Pflichttheil vorenthielt. Daß gewöhnlich von einem exheredare bona mente geredet wird, soll nur aufmerksam machen, wie man sich auch bey der besten Absicht nicht über die Form hinaussetzen könne, daß also, wo es nöthig ist, die exheredatio nicht versäumt werden dürfe, wenn man auch übrigens im Interesse des Kindes zu handeln glaubt. — Die Nov. 115. fordert Institution aller De- und Ascendenten, wenn man nicht die Unterlassung durch gewisse causae ingratitudinis rechtfertigen könne. Institution auf die Summe des Pflichttheils fordert sie nicht, so daß ein in re minima institutus nur nach schon vorher begründetem Rechte auf Ergänzung klagen kann [5]); und damit mag er zufrieden seyn, er hat die Ehre heres zu heißen, also auch die Hoffnung durch jus accrescendi mehr oder gar Alles zu erhalten, und auf jeden Fall seinen Pflichttheil. Darf und will man nun auch dem Notherben um seines eigenen Besten willen das Vermögen entziehen: hat

---

3) Nov. 115. c. 3.

4) Thibaut Theorie der logisch. Auslegung §. 24. a. E. 2te Aufl. S. 107.

5) Nov. 115. cap. 5. init. „Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus jussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus: *quidquid autem minus ei legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri.* Sola enim est nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis *injuriam* praeteritionis et exheredationis auferre.“

man deßhalb Grund oder Befugniß zur Unterlassung der Institution? Man braucht ja materiell nur Unbedeutendes zu geben, oder allenfalls gar nichts [6], um so mehr als sich ja die Novelle selbst damit begnügen will, daß man den Notherben zum heres in re certa mache [7]; man kann dem jus accrescendi vorbeugen durch Substitution; man kann endlich durch verordnete Fideicommissarische Herausgabe jedes zu befürchtende Uebel verhüten, zumal da es damals schon (seit Nov. 1) möglich war, auch den Abzug der quarta legis Falcidiae zu hindern. Es würde folglich in der auch bona mente unterlassenen Institution eines doch schuldlosen Kindes immerhin jene injuria liegen, welche zu verhüten die Novelle nach cap. 5. die Absicht hat. Fordern wir aber, wie sie vorschreibt, die Institution auf jeden Fall, also selbst die eines furiosus oder prodigus, versagen aber alsdann dem in nichts Reelles oder in Unbedeutendes eingesetzten Erben die alte querela inofficiosi [8], oder vielmehr die ad supplendum actio, und bringen ferner nicht zur Anwendung die, in denselben Fällen, in welchen die querela unzulässig ist, nicht anwendbare [9]) Vorschrift, daß jede Beschwerung des Pflichttheils null seyn soll: also erlauben wir den Pflichttheil so gut bona mente wie notae causa zu entziehen oder zu beschweren; so haben wir ohne den Geist oder Buchstaben der Novelle zu verletzen, die exheredatio bona mente in ihrem alten Character aufrecht erhalten. Dieser ist nämlich der, daß nur die wirkliche Entziehung des Vermögens nicht die Uebertretung formeller Vorschriften durch das Interesse des Notherben selbst entschuldigt werden kann; und die von der Nov. 115 geforderte Institution ist insofern als dabey nichts auf die Summen ankömmt, ebenfalls nur eine formelle Vorschrift.

---

6) L. 17. §. 3. D. de hered. inst. „Si ita scripsisset, *expleto asse, ex reliqua parte heres esto*, cum nihil reliquum est, ex nulla *parte* heres institutus est“ hat aber immer die Ehre heres zu heißen, und die Hoffnung eines jus accrescendi.

7) S. Note 5.

8) Nämlich im Fall der Note [6]) muß die auch noch jetzt zulässig seyn, weil durch institutio der Novelle 115 Genüge geleistet ist. Zwar meint v. Bülow über Erbeinsetzung ohne Anweisung irgend eines Theils, Abh. B. 1. nr. 9. daß auch der institutus sine parte nur suppletorische Klage habe wegen der zu hoffenden Anwachsung. Allein auf wie viel? da die Klage blos zur Ergänzung also nicht aufs Ganze zulässig ist! und wie, wenn die Hoffnung nicht in Erfüllung geht? —

9) Glück a. a. O. S. 259.

2. Ob aus einer zu restituirenden hereditas veräußert werden dürfe?

B. Löhr hat kürzlich behauptet[1]), daß derjenige, welchem ein fideicommissum hereditatis auferlegt worden, veräußern dürfe. Zu diesem, man darf sagen, Widerspruch gegen Justinian's ausdrückliche Worte [2]) hat ihn die Meinung veranlaßt, daß es nach altem Recht so gewesen. Allein fast alle die Stellen, welche das beweisen sollen, zeugen für das Gegentheil. Vorerst L. 89. §. 7. de leg. II. [3]) gibt ein unzweydeutiges arg. a contrario dadurch, daß sie erst dann, wenn weder Verkäufer noch Käufer von dem die Restitution verordnenden Codicille etwas wußten („propter justam ignorantiam") vom Fiduciar zu leistenden Schadensersatz für genügend ansieht. Eben so die L. 25. §. 2., 3. D. ad Sct. Treb.[4]), welche dem vom Fiduciar durch Testament manumittiren Sklaven nur ob favorem libertatis die Freyheit läßt. Die übrigen Stellen [5]) sprechen insofern als sie hierher gehören blos vom fideicommissum ejus quod superfuerit, also davon, daß der Testator die Veräußerung erlaubt, oder vielmehr nur was übrig bleibt, der fideikommissarischen Anordnung unterworfen hat; wo bekanntlich erst seit Nov. 108. c. 1. wenigstens eine Quart übrig gelassen werden muß. Also auch jene Fragmente sprechen keinenfalls für, eher noch wieder durch ein arg. a contr. gegen Löhrs Ansicht. Daß die Pflicht zu guter Administration bisweilen Veräußerung zur Schuldigkeit macht [6]), ist auch so wenig ein Widerspruch, als daß der

---

1) Magaz. B. 4. H. 1. S. 96. fgg.

2) L. 3. §. 2., 3. C. communia de leg. (6., 43.)

3) „Maritus uxorem ex asse heredem instituit cujus post mortem codicillos aperiri testator praecepit: praedium hereditarium uxor — vendidit. Emptor quaerit an retractari haec venditio possit post mortem mulieris ab his quibus codicillis per fideicommissum hereditas data deprehenderetur; an vero *solum quantitas pretii* ab herede uxoris fideicommissariis debeatur? Respondi: *propter justam ignorantiam tam mulieris quam emptoris*, heredem mulieris, *ut fundus apud emptorem remaneat, fideicommissario pretium dare debere.*"

4) „— Filius cum sciret quod in codicillis scriptum esset, Stichum servum hereditarium testamento suo liberum esse jussit: heredes filii pretium ejus servi — praestare debent, *libertate favore sui servata;* hoc amplius etsi ignorasset" etc.

5) L. 22. §. 3., 4. L. 54., 58. §. 7., 8. D. ad Sct. Treb. (36, 1.) L. 70. §. 3 — L. 72. D. de leg. 2. (31.)

6) L. 22. §. 3. L. 58. §. 6. D. ad Sct. Treb.

Vormund, welcher nach neuestem Recht[7]) ohne obrigkeitliches Dekret gar nichts veräußern darf, dennoch diejenigen Sachen, welche zu Grunde gehen würden, veräußern muß; und endlich folgt aus des Fideikommissars persönlichem Anspruch gegen den veräußernden Fiduciar[8]) gewiß nichts dafür, daß dieser unter der Bedingung überall veräußern dürfe, also daß sich jener mit der persönlichen Klage begnügen müsse. — Schon nach den Grundsätzen des Sctı Trebelliani wird die hereditas als universitas restituirt, mithin kömmt durch Einen Act die ganze Erbschaft auf den Fideicommissar, der, nunmehr heredis loco, sowohl utiliter die hereditas als die einzelnen Erbschaftssachen (die er in bonis hat) vindiciren und eben so gegen die Schuldner klagen, und von den Gläubigern belangt werden kann und muß[9]). Also auch die vom Fiduciar veräußerte Sache kann der Fideicommissar nach Restitution der hereditas durch in rem actio gegen den Besitzer] in Anspruch nehmen, da es ja für einen solchen Fideicommissar so wenig wie für irgend einem Universalsuccessor erst Besitzergreifung der einzelnen Sache bedarf, um sie mittelst in rem act:o in Anspruch nehmen zu können[10]). Um so weniger Zweifel kann das leiden, nachdem Justinian durch seine Gleichstellung der Fideicommisse, auch der universalen[11]) und der Legate[12]) wo möglich auch dem Fideicommissar, wie jedem Lagatar dingliche Klagen anzustellen erlaubt. Um so mehr also hat Justinian[13]) bey dem „fideicommissum universitatis," wie er sich ausdrückt, die Veräußerung für eben so null erklären können, wie bey dem „fideicommissum speciale."

3. Ueber das interdictum quod legatorum.

Thibaut[1]) sagt, das interdictum quod legatorum werde nur gegen denjenigen Legatar angestellt, welcher vor

7) L. 22. C. de adm. tut. (5., 37) L. ult. C. quando decreto opus non sit (5., 72.)

8) L. 70. §. 1. L. 3. §. 3. L. 19. §. 2. D. ad Sct. Treb.

9) Löhr a. a. O. B. 3. H. 2. nr. VIII. I.

10) L. 63. pr. D. ad Sct. Treb. „Facta in fideicommissarium restitutione, statim omnes res in bonis fiunt ejus cui restituta est hereditas, etsi nondum harum nactus fuerit possessionem."

11) Löhr a. a. O. B. 4. H. 1. S. 92. fgg.

12) L. 2. C. commun. de legat. (6., 43.)

13) S. ob. Note 2.

1) Pand. §. 744., 4.

Antretung der Erbschaft eigenmächtig Besitz ergreife. Allein wenn der Legatar auch nach der Erbantretung willkührlich eine Sache occupirt, die der Erbe noch nicht in seinen Besitz gebracht hat, so findet dieses Interdict und nur dieses ebenfalls Statt. Mit anderen Worten, das interdictum ist adipiscendae possessionis [2]), und fällt also nicht mit der aditio, sondern erst dann weg, wenn man zu den interdictis recuperandae oder retinendae possessionis seine Zuflucht nehmen kann. Man darf also auch die Sache nicht, wie Schweppe [3]), so stellen, als wenn das Interdict gegen jede Eigenmacht des Legatars gegeben wäre, folglich als wenn es mit jenen Interdicten concurrirte. — Der Beweis liegt theils darin, daß das Edict selbst [4]) von jener auch durch keine andere Stelle unterstützten Beschränkung nichts weiß, und daß andererseits troz der aditio immer erst noch ein adipiscendi possessionem nöthig ist, also auch das Bedürfniß zu jenem Interdicte nicht aufgehört hat; theils darin, daß erst durch die nach der Erbantretung geäußerte Billigung der Occupation das Interdict wegfällt [5]), welches folglich ohne diese Billigung begründet ist.

4. Ueber die Wirkung des zweyten Dekrets bey verweigerter cautio damni infecti.

V. Savigny [1]) nennt die durch das secundum decretum bey verweigerter cautio de damno infecto entstehende possessio mit conditio usucapiendi: bonitarisches Eigenthum. Daraus würde folgen, daß im Justinianischen Recht deshalb ein Eigenthum schlechtweg entstände, wie Schweppe [2]) wirklich annimmt, und also von Ersitzung nicht weiter die Rede seyn könne. Allein grade Justinian's

---

2) L. 1. pr. §. 1. 2. D. quod legat. 43., 3.

3) Privatr. §. 904.

4) L. 1. §. 2. eod. „Ut quod quis legatarum nomine *non ex voluntate heredis* occupavit, id restituat heredi."

5) L. 1. §. 11. eod. Quod ait Praetor: *voluntate ejus ad quem ea res pertinet*, ita erit interpretandum, ut si post aditam hereditatem, vel bonorum possessionem agnitam, *voluntas accomodata est legatario, ut possideret*, interdictum cesset; quodsi ante aditam hereditatem vel bonorum possessionem agnitam, rectius dicetur eam voluntatem non nocere debere.

1) Besitz, 4te A. S. 152. S. 241.

2) Privatr. §. 606.

Digesten sagen, daß die possessio (juristischer Besitz) die im Gegensatz des bloßen in possessione esse durch das zweyte Dekret gegeben wird [3]), erst durch Ersitzung zum dominus mache

L. 3. fin. D. de a. l. a. p.

— — Cum damni infecti non cavente vicino in possessionem missi sumus, si id longo tempore fiat, *etiam possidere nobis et per longam possessionem capere* Praetor causa cognita permittit.

L. 15. §. 16. D. de damn. inf.

Julianus scribit, eum qui in possessionem damni infecti nomine mittitur, non primo *incipere per longum tempus dominium capere*, quam secundo decreto a Praetore dominus constituatur.

L. 18. §. 15. eod.

— — Si is qui jussu Praetoris coeperat possidere, et *possidendo* dominium capere — — ejectus fuerit — — Publicianam actionem habere poterit;

und daß man vor vollendeter Ersitzung Publiciana actio habe. Auch sieht man diesen Stellen an, und nicht blos durch die den Ausdruck usucapio ersetzenden Worte, daß man sich nicht damit helfen darf, als seyen hier nur bereits antiquirte Sätze mit aufgenommen worden, indem ja die Compilatoren interpolirend selbst reden. Ferner ist kein Grund da anzunehmen, daß durch jenes zweyte Dekret mehr als die Wirkungen bloßer bonae fidei possessio entstehen, deren characteristische allgemein durchgreifende [4]) Unterscheidung von dem in bonis esse darin liegt, daß der bonae fidei possessor (vor vollendeter usucapio) dem Eigenthümer weichen muß, während neben dem in bonis esse nur ein unwirksames Eigenthum (nudum jus Quiritium) bestehen kann. Daraus schon, daß nicht der Ausdruck in bonis esse, sondern nur possessio gebraucht wird, muß ja wenigstens nicht grade mehr hervorgehn, als des Prätors Absicht den immissus wie einen bonae fidei possessor zu behandeln, also wohl quasi dominus, aber nur nicht in Collision mit dem wirklichen dominus. Wenigstens sind wir nicht veranlaßt oder berechtigt, ein Mehreres zu gestatten, und der innere Zusammenhang spricht ganz für das Gelindere. Denn das so

---

3) L. 7. pr. D. de damno inf. (39, 2.)

4) Der blos auf Sklaven anwendbare Unterschied bey Gaj. II., 88, Ulp. XIX. 20, 21. setzt die Geschiedenheit des Begriffs, also eine das Wesen der Sache ausmachende Unterscheidung, voraus.

allmählig zu Werke gehende Edict, daß es erst bloße Detention und nur neben dem Eigenthümer gibt, sollte hierauf einen so großen Sprung thun, daß es dem Eigenthümer nicht einmal mehr erlaubt, den nunmehrigen Alleinbesitzer [5]) wenigstens noch während der (ehemals ohnehin auf 2 Jahre beschränkten) Usukapionszeit durch Befriedigung seiner Ansprüche wieder entfernen zu können! Diese Befriedigung zu erzwingen ist ja des Prätors ganzer Zweck, und da der Eigenthümer weiß, was ihm nach abgelaufener Verjährungszeit bevorsteht, war es da nöthig, das Recht der Vindication schon vorher abzuschneiden?

---

5) L. 15. §. 23. D. eod.